

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ**  
**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**  
**CURSO DE DIREITO**

**MEDIDA CAUTELAR PENAL: (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO  
PREVENTIVA**

**ROSILENE BERTOLINO DE OLIVEIRA**

**SÃO MATEUS - ES**

**2013**

**ROSILENE BERTOLINO DE OLIVEIRA**

**MEDIDA CAUTELAR PENAL: (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO  
PREVENTIVA**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Davi Samuel Garcia Mendonça.

**SÃO MATEUS – ES**

**ROSILENE BERTOLINO DE OLIVEIRA**

**MEDIDA CAUTELAR PENAL: (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO  
PREVENTIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**PROF. SAMUEL DAVI G. MENDONÇA**  
**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

---

**PROF.**  
**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

---

**PROF.**  
**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Dedico este trabalho ao meu DEUS por me mostrar que sou protegida, guiada e iluminada pela sua presença divina no mais íntimo do meu ser. DEDICO Senhor, por me dar abrigo na tempestade, por endireitar o que está torto, por criar saídas onde parecia não haver mais. Dedico a ti Senhor por ter me dado paciência, esperança de vencer esses cinco anos de curso. Dedico ao Senhor, pela sua compaixão, pela sua graça, pela sua bondade, que estão sempre presentes, sustentando-me nos momentos mais difíceis da minha vida. Dedico ao Senhor, por não me deixar esquecer que o Senhor Jesus Cristo habita e é a força que dá vida a minha alma. Agradeço Senhor, pela pessoa que sou, meu muito obrigado.

## **.AGRADECIMENTOS**

Ao concluir este SONHO, lembro-me de muitas pessoas a quem ressalto reconhecimento, pois, esta conquista concretiza-se com a contribuição de cada uma delas, seja direta ou indiretamente. No decorrer dos dias, vocês colocaram uma pitada de amor e esperança para que neste momento findasse essa etapa tão significativa para mim.

À DEUS, primeiramente, por ter me dado força durante esses cinco anos de curso, em meio de dificuldades. Por ter me iluminado nas decisões mais difíceis e por ter me guiado ao longo do curso para trilhar o caminho mais correto possível.

A todos da minha família que, de alguma forma, incentivaram-me na constante busca pelo conhecimento.

Dedico esse trabalho à Tereza Bueno, a eterna e incondicional incentivadora dos meus sonhos, a pessoa que sempre está ao meu lado em todos os momentos, minha vida, MINHA Mãe.

Aos meus irmãos, todos eles, Adjelson, Marilene, Irene, Deusania, Marlene, Sidney, Marcilene. Que fizeram grande parte da minha vida, fonte de forças nesta longa trajetória, permanecendo sempre presentes na partilha de minhas conquistas.

Ao meu namorado Mauricio, homem que adentrou em minha vida e me faz crescer como mulher, como pessoa, como futura Advogada, que dentre suas possibilidades me fez enxergar um mundo novo. Espero tê-lo sempre perto de mim, pois ao seu lado não sei o que não pode ser melhor. A você, o meu muito obrigado, mesmo ciente de que quaisquer que sejam as palavras, jamais conseguirão expressar toda a minha admiração por ti.

A VOCÊS, meus QUERIDOS filhos, JUNIOR E DRIELLE o meu agradecimento. Vocês são responsáveis por este momento tão marcante em minha vida. Por suas dedicações, pelo amor que me fez mais forte, fazendo entender que sou capaz de ir mais além. A vocês que desde o começo acreditaram, incentivando-me sempre a busca de novos conhecimentos, me dando conselhos, contribuindo para o meu crescimento na vida acadêmica. Esta vitória também é de vocês, amo muito vocês. Ao meu orientador (Samuel Davi Mendonça) pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

Não apresses a chuva, ela tem seu tempo de cair e  
saciar a sede da terra.

Não apresses a tua alegria, ela tem o seu tempo  
para aprender com a tua tristeza.

Não apresses o teu amor, ele tem o seu tempo de  
semear mesmo nos solos mais áridos do teu  
coração.

Não apresses a tua raiva, ela tem o seu tempo para  
diluir-se nas águas mansas da tua consciência.

Não apresses a ti mesmo, pois, precisas de tempo  
para sentir tua própria evolução.

(Autor Desconhecido)

## RESUMO

A prisão preventiva é uma espécie de medida cautelar aplicada no Processo Penal com objetivo de proteger o resultado útil do provimento jurisdicional, tendo previsão expressa no Código de Processo Penal, sobretudo no artigo 312 que retrata requisitos necessários a aplicação da medida, consistente na presença de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, além de elementos de necessidade. Ocorre que o Código de Processo Penal foi construído e entrou em vigor no contexto da década de 1940, trazendo o objetivo de aparelhar o Estado para exercer o Direito de Punir, já que naquela época, a doutrina entendia que o cidadão gozava de muitos direitos. Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, trazendo direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a presunção de inocência. Passou-se então a questionar a constitucionalidade da prisão preventiva, havendo necessidade de adaptação do Código de Processo Penal as exigências da nova Carta Política. Isso ocorreu com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, a qual trouxe diversas medidas cautelares alternativas a prisão, sendo esta somente aplicada como medida extrema. Mesmo, assim, a inconstitucionalidade da prisão preventiva é verificada na prática como é aplicada no Brasil, conforme diversos julgados e jurisprudência que identificam excessos de prazo na duração da prisão, automaticidade, não comprovação dos requisitos autorizados no caso concreto, dentre outros, fato que exige mudança de comportamentos dos juízes e tribunais, os quais devem estar mais vigilantes aos abusos, assim, urge o Poder Público, atitude capaz de estruturar ainda mais a Defensoria Pública no país, dar condições de acesso ao cidadão ao Advogado e o Ministério Público exercer, além do papel de acusador, sobretudo o de guardião do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Liberdade. Presunção de inocência. Inconstitucionalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DAS PRISÕES CAUTELARES</b> .....	11
1.1 ASPECTOS GERAIS.....	11
1.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS.....	13
1.2.1 <b>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</b> .....	13
1.2.2 <b>Princípio do Estado de Inocência ou Presunção de Inocência</b> .....	14
1.2.3 <b>Outros Princípios Processuais Constitucionais</b> .....	16
1.3 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	17
<b>2 INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL VIGENTE NA VISÃO DA CF/88</b> .....	20
2.1 ARTIGO 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA DEVIDA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	22
2.2 SÚMULA 347 DO STJ.....	23
<b>3 PRISÕES E MEDIDAS CAUTELARES</b> .....	24
3.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.....	24
3.2 PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	29
3.3 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES.....	31
3.4 PRISÃO TEMPORÁRIA.....	34
<b>4 PRISÃO PREVENTIVA</b> .....	38
4.1 MOMENTO PARA DECRETAÇÃO E PRAZO DE DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	40
4.2 REQUISITOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	42
<b>5 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA</b> .....	48
<b>CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	59



## INTRODUÇÃO

A violência e a criminalidade são questões sociais que têm tomado o primeiro lugar nas discussões das mazelas brasileiras, sendo acompanhadas quase que diuturnamente pelas redes de televisão, internet e jornais.

Para fazer frente à criminalidade, o Estado historicamente sempre procurou se aparelhar de ferramentas para reprimir a ocorrência de delitos, sendo utilizada nos últimos anos a estratégia de criminalizar condutas.

Verifica-se na prática uma proliferação de leis penais que se sucedem sem que os resultados com a redução dos índices que medem a violência e a criminalidade possam aparentar ser animadores.

A prisão preventiva aparece neste contexto como uma ferramenta em favor da atividade persecutória estatal, sobretudo para garantir que o direito de punir seja exercido sem o menor embaraço, maximizando os resultados do processo e certificando a decisão judicial com a credibilidade necessária a garantir a paz social.

Entretanto, com a entrada em vigor da Constituição Federal, esses institutos jurídicos, como a prisão preventiva, estruturados no Código de Processo Penal passam a ser criticados, já que este diploma legal data da década de 1940, bem antes que a atual Carta Política entrasse em vigência.

O resultado da implementação desse instituto cerceador da liberdade do cidadão, é o abarrotamento dos presídios com pessoas que sequer foram sentenciadas, muitas das quais se qualificam na criminalidade mais complexa do que aquela que estavam envolvidos antes da prisão.

Os Tribunais, por sua vez, precisam traçar estratégias para tentar vencer os intermináveis processos, enquanto, pilhas de recursos e liminares com ordem de habeas corpus aguardam para serem julgados com prioridade, já que tratam, na maioria das vezes de pacientes presos preventivamente, cuja alegação, quando não se atem a ausência de fundamentação legal na decretação, dizem respeito ao excesso de prazo na duração da prisão e do processo.

Não bastasse isso, a Constituição Federal, trouxe em seus primeiros capítulos princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, como a liberdade, a presunção de inocência e o devido processo legal, dando clara demonstração que os Direitos do Cidadão serão tratados com

total prioridade neste novo Estado.

Assim, as críticas não pouparam a prisão preventiva que, não obstante, ser uma medida cautelar, significa o cerceamento da liberdade do indivíduo sem que se tenha uma decisão definitiva sobre a sua culpabilidade.

Essa é a problemática que se faz presente neste trabalho, ou seja, vislumbrar uma análise dessa espécie de medida cautelar penal cerceadora da liberdade do indivíduo à luz de princípios caríssimos ao legislador, como a liberdade, o estado de inocência e a dignidade da pessoa humana.

A hipótese que levantamos, inicialmente é que o Código de Processo Penal em seus artigos que versam sobre a prisão preventiva, isto é, artigos 311, 312 e 313, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, sobretudo no que tange o artigo 1º, inciso I; artigo 5º, caput; e artigo LVII, todos da Carta Política de 1988.

Para tanto, o primeiro capítulo versará sobre as bases principiológicas das prisões cautelares, onde discutiremos princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana, o da Presunção de Inocência ou Estado de Inocência e o do contraditório, dentre outros.

Em seguida, o capítulo segundo trará a baila uma breve análise da estrutura do Código de Processo Penal, interpretado à luz da Constituição Federal de 1988. Já no capítulo terceiro se discorrerá sobre as medidas cautelares e a prisão cautelar como espécie dessas medidas, visualizando seus pressupostos, suas características e sua aplicação. Aqui aproveitará para mencionar a prisão temporária, dado que é uma medida cautelar penal cerceadora da liberdade que não está regulada no Código de Processo Penal, sendo imprescindível delimitar sua esfera de aplicação, assim como traçar uma diferenciação com o objeto da obra que é a prisão preventiva.

O capítulo quarto é todo dedicado à prisão preventiva na visão positivada do Código de Processo Penal, dando ênfase ao momento de sua aplicação e aos requisitos necessários para que possa ser ela decretada.

Finalmente, o quinto capítulo, trará a tona, a análise da prisão preventiva à luz de princípios constitucionais, verificando sua constitucionalidade, tanto no que concerne a previsão legal, como sua práxis e a forma como a doutrina mais abalizada e os tribunais tem se manifestado a respeito de tal fascinante tema.

Assim, espera-se ao final, fazer uma reflexão da dogmática processual penal

sobre as medidas cautelares que tem instrumentalizado o cerceamento da liberdade do indivíduo, mitigando princípios custosos da Carta Política, bem como, certamente, realizando outros princípios de igual status, na medida em que todos os dias, diversas decisões judiciais lançam mão dessa ferramenta processual extrema.

# 1 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DAS PRISÕES CAUTELARES

Conhecer a principiologia do instituto é essencial no estudo de qualquer Ramo do Direito, pois a compreensão de sua estrutura, sua construção e suas consequências, estão intimamente ligadas aos princípios que lhe dão sustentação.

## 1.1 Aspectos Gerais

O próprio Direito Processual Penal, na linha de pensamento de Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 58) é regido por diversos princípios e regras que representam postulados fundamentais da política processual penal de um Estado.

Daí, quanto mais democrático for o regime, o processo penal será cada vez mais, um instrumento em prol da liberdade individual, ou seja, o processo penal vai refletir a principiologia que o rege.

Consideração importante diz respeito à constitucionalização do Direito Processual, fato que caracteriza o direito nos dias atuais.

Conforme análise Didier Junior (2010, p. 29), a constitucionalização do Direito Processual é vista sob duas dimensões:

[...] Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Os tratados internacionais de direitos humanos também o fazem (Convenção Européia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica são dois exemplos paradigmáticos). Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários (contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita etc.)...De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais[...].

Dentre os diversos conceitos de princípio, a doutrina contemporânea se alinha ao pensamento de Humberto Ávila, citado por Didier Junior (2010, p. 30), de quem, mais uma vez, colhemos a seguinte lição:

[...] Princípio é espécie normativa. Trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido. Se essa espécie normativa visa a um determinado “estado de coisa”, e esse fim somente pode ser alcançado com determinados comportamentos, “esses comportamentos passam a constituir necessidades prática sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza”.

Enfim, ainda com base no pensamento de Humberto Ávila: “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários [...]”.

Vale trazer a balia na linha da melhor doutrina de Direito Constitucional que principio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta do sistema de normas, conforme ensina Silva (2003), servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Por sua vez, Espindola (2002, p,103) conceitua princípios como:

[...] a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam se reconduzem e/ou se subordinam [...].

Dessa forma, cada ramo do direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previsto em lei ou ser implícito, isto é, resultar da conjunção de vários dispositivos legais de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria.

O processo penal no Brasil não foge à regra, sendo regido, primordialmente, por princípios, que por vezes, suplanta a própria literalidade da lei, uma vez que o próprio Código de Processo Penal vigente foi recepcionado pela atual Constituição e, por isso, mesmo, carece de adaptação necessária à Nova Ordem Constitucional, sobretudo balizada nas garantias da liberdade, dignidade humana, devido processo legal e presunção de inocência.

Entretanto, segundo Nucci (2010) convém registrar a existência de dois princípios regentes, governadores de todos os demais, seja no campo processual penal, seja no âmbito penal. O conjunto dos princípios constitucionais formam um sistema próprio, com lógica e auto-regulação.

Por isso, torna imperioso destacar dois aspectos: a) há integração entre os princípios constitucionais penais e os processuais penais; b) coordenam o sistema de princípios os demais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais: dignidade da pessoa humana e o devido processo legal (NUCCI, 2010).

## 1.2 Princípios Processuais Constitucionais

### 1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Inicialmente, verifica-se que estabelece o art. 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

[...] A Republica Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do distrito federal, constituir-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III, a dignidade da pessoa humana [...].

Em segundo lugar, no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal encontra-se (BRASIL, 1988):

[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Nada pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direito e garantias individuais são erguidos e sustentados [...].

Ademais, inexistiria razão de ser a tantos preceitos fundamentais não fosse o nítido suporte prestado à dignidade humana. Há dois prismas para o principio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas como moradia, alimentação, educação, saúde lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixado pelo art. 7º, IV da CF. (NUCCI, 2010).

Sob o aspecto subjetivo, tratam-se dos sentimentos de responsabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renuncia ou desistência (NUCCI, 2010).

O direito penal, constituindo a mais drástica opção estadual para regular conflito e aplicar sanções, deve amoldar-se ao principio regente da dignidade humana, justamente pelo fato de se assegurar que o *braço forte* do Estado continue a ser democrático e de direito.

O devido processo legal guarda raízes no principio da legalidade, garantindo ao individuo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso,

modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade impar do processo criminal (NUCCI, 2010).

### 1.2.2 Princípio do Estado de Inocência ou Presunção de Inocência

Nessa esteira destaca-se dentre os princípios constitucionais processuais, o denominado Princípio do Estado de Inocência ou Presunção de Inocência, também chamado de Princípio da Não Culpabilidade.

A análise de tal princípio se faz necessária, pois as prisões cautelares devem, num primeiro momento, respeitar esse direito fundamental, e de outro lado, só seria possível a relativização desse direito com permissão da Constituição Federal e previsão legal (NUCCI, 2006).

A esse respeito, vale lembrar que posicionamento dominante na doutrina e no próprio Supremo Tribunal Federal, não há direito fundamental absoluto, nem mesmo, tais direitos podem ser exercidos a pretexto do cometimento de delitos, o que podem extrair das próprias características de tais direitos presentes em Lenza (2011, p. 864):

[...] limitabilidade: os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição [...].

Dessa maneira, para análise das prisões cautelares que são o foco desse trabalho, urge tecer maiores aprofundamentos sobre o Princípio da Presunção de Inocência: também conhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com transito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (NUCCI, 2010).

Sobre o Princípio da Presunção de Inocência, Tourinho Filho (2010, p. 89) nos ensina que:

[...] A expressão presunção de inocência não deve ter o seu conteúdo semântico interpretado literalmente, caso contrario, ninguém poderia ser

processado, mas no sentido em que foi concebido na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789; nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente. E a melhor doutrina acrescenta a prisão antecipada se justifica como providencia exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada, ou então, para assegurar a efetivação da pena [...].

Ainda identificando a origem do Princípio em comento, Tourinho Filho (2010, p. 89), acrescenta:

[...] Na verdade, há mais de duzentos anos, o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem, de 26-8-1789, proclamava: "Tout homme étant présumé innocent jusqu' a ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l' arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement reprimée par la loi" (Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se for indispensável sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetuar-la, deve ser severamente reprimido pela lei)...Tal princípio se espalhou pelo mundo civilizado, ditado pelo pensamento jurídico-liberal, e, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, o proclamou em seu art. 11 [...].

Lima (2011), destaca que em 1764, Cesare Beccaria, na célebre obra *Dos Delitos e das Penas*, já asseverava que um homem não poderia ser colocado na posição de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe poderia retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.

Nesse sentido, o Princípio da Presunção de Inocência do acusado é um princípio que nos trás a idéia de que ninguém será condenado antes de ter um julgamento e uma sentença que o condene. Ele é uma garantia Processual Penal que objetiva garantir a liberdade de quem não tenha sido condenado pela justiça. É, tecnicamente, a consideração prévia da não culpabilidade do mesmo.

Conforme Nucci (2010), o principio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe a acusação e não a defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie com provas suficientes ao Estado-juiz a culpa do réu.

Por outro lado, confirma excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que os indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando isso realmente for útil à instrução e a ordem publica. Reforça, ainda, o principio da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a



reprovação penal somente alcançara aquele que for efetivamente culpado.

Tourinho Filho (2010, p.100), observa o desdobramento do Princípio da Presunção de Inocência na atualidade do Sistema Processual Penal Brasileiro, no que tange prisão cautelar, a qual relativiza o direito a liberdade o cidadão que deve sempre ser a regra:

[...] Hoje, contudo, mais de vinte anos de vigência da Carta Política, os nossos Tribunais estão reconhecendo que o réu, reincidente ou não, tem direito de recorrer da sentença, e, por isso mesmo, lei subconstitucional não pode sobrepor-se à Lei Maior. Nada impede que o Juiz, na sentença condenatória, decrete a prisão do réu. Mas, se o fizer, deverá fundamentar a decretação do ato constritivo, não se limitando a dizer que o réu é reincidente ou tem maus antecedentes, mas demonstrando, à luz do art. 312 do CPP, a necessidade da medida cautelar. Se não, não [...].

### 1.2.3 Outros Princípios Processuais Constitucionais

Há outros princípios importantes no processo penal, como o Favor Rei, cujo significado, em apertada síntese, trazemos à baila a lição de Tourinho Filho (2010, p. 101):

[...] No conflito entre o jus puniendi do Estado, por um lado, e o jus libertatis do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade [...].

Também urge mencionar o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, embora não haja previsão expressa na Constituição Federal de 1988:

[...] Trata-se de princípio da mais alta importância. Todos sabemos que os Juizes, homens que são, estão sujeitos a erro. Por isso mesmo o Estado criou órgãos jurisdicionais a eles superiores, precipuamente para reverem, em grau de recurso, suas decisões [...] (TOURINHO FILHO, 2010, p. 103).

Vale lançar olhares sobre o Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos, à luz de Tourinho Filho (2010, p. 84):

[...] Agora, contudo, toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos não será admitida em juízo. É como soa o inc. LVI do art. 5º da Constituição de outubro de 1988. Assim, uma busca e apreensão ao arrepio da lei, uma audição de conversa privada por interferência mecânica de telefone, microgravadores dissimulados, uma interceptação telefônica, uma gravação de conversa, uma fotografia de pessoa ou pessoas em seu círculo íntimo, uma confissão obtida por meios condenáveis, como o famoso “pau de arara”, o “lie detector” e, enfim, toda e qualquer prova obtida ilicitamente, seja em afronta à Constituição, seja em desrespeito ao direito material ou

processual, não será admitida em juízo. Trata-se de uma demonstração de respeito não só à dignidade humana como também à seriedade da Justiça e ao ordenamento jurídico [...].

O Princípio do Contraditório, por sua vez, bastante badalado, tem previsão constitucional no art. 5º, inciso LV da Carta Política, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Para Lima (2011, p. 19), pode-se extrair do Princípio do Contraditório o seguinte conteúdo:

[...] De acordo com esse conceito, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis [...].

A doutrina adverte que não se pode confundir o Princípio do Contraditório com o da Ampla Defesa, sendo extraído desse último que:

[...] Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve abranger o direito à defesa técnica e à autodefesa, havendo entre elas relação de complementariedade. Há entendimento doutrinário no sentido de que também é possível subdividir a ampla defesa sob dois aspectos: a) positivo: realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria; b) negativo: consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu [...] (LIMA, 2011, p. 24).

### 1.3 Princípios Específicos das medidas cautelares

É claro que existem diversos outros Princípios, os quais sejam expressos na Constituição Federal, quer seja previstos somente na Lei processual devem ser aplicados em maior ou menor grau em todo processo penal, assim como devem estar presentes nos desdobramentos das medidas cautelares, sobretudo no que tange as prisões cautelares.

Entretanto, devemos observar que em determinados momentos, a aplicação de determinados Princípios fica relativizada em função da própria natureza da medida cautelar a ser aplicada. Vejamos o caso de uma prisão para resguardar a eficácia das investigações que deve ser decretada tendo sempre em vista o Princípio do Devido Processo Legal, pois não se pode cercear a liberdade de alguém sem que haja permissão da Constituição e da Lei e dentro de certos requisitos, porém, não vai ser possível permitir o Contraditório antes que a medida seja efetivada, pois na maioria das vezes, tal atitude do Magistrado certamente frustrará a cautelaridade da medida, uma vez que o indiciado ou acusado, empreenderá fuga do lugar em que possa ser encontrado (NUCCI, 2010).

Ocorre, todavia, que com a introdução do artigo 282 no Código de Processo Penal, pela Lei 12403 de 05 de maio de 2011, princípios específicos para aplicação das medidas cautelares foram expressamente consagrados, a exemplo da necessidade, adequação e da proporcionalidade.

Vejamos o teor desse importante dispositivo (BRASIL, 1941):

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Sobre o Princípio da Proporcionalidade, observa Lima (2011, p. 1147) que:

[...] Portanto, por ocasião da decretação de uma prisão cautelar, impõe-se ao magistrado uma ponderada avaliação dos malefícios gerados pelo ambiente carcerário, agravados pelas más condições e superlotação do sistema carcerário, sem prejuízo, todavia, da proteção dos legítimos interesses da sociedade e da eficácia da persecução penal [...].

Lima (2011, p. 1148), ao analisar os Princípios da Adequação e da Necessidade, localiza-os como Subprincípios da proporcionalidade:

[...] Com base no subprincípio da adequação, há, portanto, uma relação de meio e fim, devendo se questionar se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado. Nesse sentido, então, nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir a futura aplicação da lei penal se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta ao final do processo não seria privativa de liberdade ou, se privativa, permaneceria suspensa ou substituída por penas restritivas de direitos. O meio, a prisão, não se revelaria adequado ao fim a ser objetivado com o processo, pois dele não resultaria privação de liberdade...O segundo requisito ou subprincípio da proporcionalidade é o da necessidade ou da exigibilidade, também conhecido como princípio da intervenção mínima, da menor ingerência possível, da alternativa menos gravosa, da subsidiariedade, da escolha do meio mais suave, ou da proibição de excesso. Por força delem, entende-se que, dentre várias medidas restritivas de direitos fundamentais idôneas a atingir o fim proposto, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, ou seja, aquela que menos interfira no direito de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída [...].

Destaca a doutrina de Lima (2011), o Princípio da Jurisdicionalidade, o qual se extraí não só do Código de Processo Penal em seu artigo 310 (BRASIL, 1941), bem como em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, a exemplo do incisos LXI, LXII, LXV e LXVI que trazem medidas de controle da prisão pelo Poder Judiciário (BRASIL, 1988).

Lima (2011, p. 1141), conceitua tal princípio, dizendo que:

[...] Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de medida cautelar de natureza pessoal está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, seja previamente, nos casos da prisão preventiva, temporária e imposição autônoma das medidas cautelares diversas da prisão, seja pela necessidade de imediata apreciação da prisão em flagrante, devendo o magistrado indicar de maneira fundamentada, com base em elementos concretos existentes nos autos, a necessidade da segregação cautelar, inclusive com apreciação do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança [...].

Lima (2011) traz a tona o Princípio que denomina de Vedação da Prisão ex

*lege*, afirmando que em razão do Princípio da Presunção da Inocência e da Jurisdicionalidade, não há mais espaço para a chamada prisão *ex lege*, ou seja, aquela prisão imposta por força de lei, de maneira automática e obrigatória.

Lima (2011), citando Luiz Flávio Gomes, leciona:

[...] Como sustenta Luiz Flávio Gomes, “se não ofende a presunção de inocência ou a ampla defesa, indiscutivelmente ofende o princípio da necessidade de fundamentação da prisão, inscrito no art. 5º, inc. LXI. Nossa Constituição, em tal preceito, não exige tão somente ordem de autoridade judiciária. Só isso não basta. Ainda é preciso que a ordem seja fundamentada. E fundamentada não genericamente, tendo-se por base exclusivamente a sentença condenatória recorrível [...].

Portanto, toda medida restritiva da liberdade para ser constitucionalmente aceita em nosso Estado Democrático de Direito, conforme o *caput* do artigo 1º da CF/88, deve atender a diversos princípios que tem por núcleo a Dignidade da Pessoa Humana, de onde retiram sua validade (BRASIL, 1988).

## **2 INTERPRETAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL VIGENTE NA VISÃO DA CF/88**

Como é notório, nosso Código de Processo Penal data de 1941, onde vigia sob ditames dados por uma outra ordem constitucional, diferente da atual.

De acordo com Bonavides (2003), as Constituições estão classificadas em nominais ou semânticas, cujos textos são simplesmente formais; e normativas, que possuem relação direta entre as aspirações da nação e as leis que a compõe — que acaba por dar legitimidade a tal Carta.

A Carta de 1937, base do sistema quando instituído o atual Código de Processo Penal, bem representou o momento por que passava o Estado brasileiro, marcado pelo golpe de 10 de novembro que impôs uma Constituição outorgada, dispensando o trabalho do representante popular constituinte. A inspiração, segundo diversos autores, desta Carta outorgada foi a Constituição da Polônia, com certa influência do fascismo de Mussolini e do nazismo de Hitler — e certamente sua ideologia trazia os excessos e pendores autoritários das suas inspiradoras. Tal inspiração acabou por contribuir para que esta Carta ficasse singelamente conhecida como, e fosse mordazmente apelidada, “A Polaca” (BONAVIDES, 2003).

O ministro Francisco Campos, que foi seu ideólogo, em sua exposição de

motivos, deixa-nos perceber o viés antidemocrático desta ao dizer que “o conceito político da democracia não era mais adequado aos novos ideais da vida. A liberdade individual e suas garantias não resolviam os problemas do homem. Eram ideais negativos, que não garantiam ao indivíduo nenhum bem concreto, seja no domínio econômico, seja no domínio moral, seja no domínio intelectual e político”. Sob tal ideologia surge o Código de Processo Penal que persiste em vigorar (ROCHA,2007).

Acontece, porém, que a CF de 1988, cujo viés é substancialmente diferente da que permeava a sociedade à época do dito CPP, trouxe novos institutos e suscitou novos princípios, e entre a Constituição que orientava a nação quando do surgimento do nosso CPP e a atual, nossa sociedade experimentou períodos de muita agitação, tanto política quanto institucional, ora sob regimes autoritários ora sob regime mais democrático.

A Constituição de 1988 encerra diversos princípios e garantias, com ideários de maior participação popular e uma sábia preocupação, visto os anos de exceção que a antecederam, com a afirmação de direitos e garantias individuais. Devendo, como evidencia Rocha, as normas do Código de Processo Penal, estar em justa sintonia com as garantias que a Constituição estabelece — com destaque às incrustadas no artigo 5º e incisos (dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) e artigo 93, IX (da fundamentação das decisões judiciais), entre outras (ROCHA,2007).

Como nos mostra Oliveira, enquanto a ideologia do CPP mostra-se claramente autoritária, havendo sempre preocupação com a “segurança pública”, nossa atual Constituição prima por um sistema com uma gama de garantias individuais, a começar por considerar a inocência do acusado, regra, que terá seu status alterado apenas quando houver sua responsabilidade penal reconhecida por sentença condenatória transitada em julgado, como preceitua o artigo 5º, LVII “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (ROCHA,2008).

Há notadamente uma contradição no sistema processual brasileiro onde, de um lado há o texto constitucional com significativos valores a garantir o cidadão e de outro, com resquícios inquisitivos, o Código de Processo Penal a vigor.

O viés garantista da nova Carta passou a demandar do processo muito além do meio para a simples aplicação da lei penal, mas, sobretudo, exige que este se

transforme em meio de garantia ao cidadão frente ao poder punitivo do Estado (OLIVEIRA, 2008).

Realiza-se então — como nos ensina Oliveira (2008, p,126), uma busca da igualdade, durante a persecução criminal, entre o acusado e o Estado, que “ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre o qual exerce o monopólio”.

Segundo Nucci (2010), quanto ao código de processo penal, Devemos ficar atentos, no entanto, pois alguns pontos positivos e negativos lesam, ainda que indiretamente, direitos e garantias individuais, de status constitucional, com o que não podemos aquiescer.

Outras mudanças consideradas incompletas, merece igual atenção do operador do direito, uma vez que o poder judiciário tenderá a aplicá-la de qualquer modo, devendo haver, no futuro, uma uniformização quanto ao seu alcance e utilidade (Nucci, 2010).

## 2.1 Artigo 595 do Código de Processo Penal e sua devida interpretação constitucional

Causa estranheza a prisão de alguém antes de julgado definitivamente culpado, cujo fulcro encontra-se expresso no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Com exceção para a prisão provisória em caráter liminar, que merece uma discussão mais profunda nos próximos capítulos. Está-se, pois, obrigando a prisão de um acusado cuja culpa ainda não foi declarada em decisão transitada em julgado. A este ser possível à recolher-se à prisão — um atentado à nossa Carta (NUCCI, 2010).

A Constituição assegurar aos acusados a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Tal regra complementa-se no artigo 595 (BRASIL, 1941) que diz “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação” — condiciona-se o acesso do acusado ao duplo grau de jurisdição à primariedade e bons antecedentes, pressupostos para, em tese, ver-se livre da prisão.

Tanto a ampla defesa como a garantia do duplo grau de jurisdição, embora este não esteja expresso, são tutelados pela Constituição Federal, como nos diz Nucci (2010), fazendo com que o dispositivo que se discute deva, ao invés de serem

interpretados literalmente, cotejados com nossa Carta, sendo lidos, como nos mostra Moreira ( 2008,p,176 da seguinte maneira: “não se pode condicionar a admissibilidade da apelação ao recolhimento do réu à prisão, mesmo que ele não seja primário e de bons antecedentes”. Deve-se reconhecer do seu recurso, ainda que solto o réu, e mesmo que tenha sido preso e venha a fugir. A fuga do acusado não será impedimento para o regular andamento da apelação (Oliveira, 2008).

## 2.2 Súmula 347 do STJ

Felizmente, sumulou-se recentemente acerca do artigo 595, que analisamos, pacificando então o entendimento. Segundo o Superior Tribunal de Justiça a partir da Súmula 347, para que um recurso de apelação seja conhecido independe a prisão do réu. Para a 6ª Turma é um direito fundamental de o condenado ter acesso à instância recursal — mesmo que tenha empreendido fuga — de acordo com Jurisprudência em Revista. Segundo os ministros o conhecimento e o julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa não estão vinculados ao recolhimento do réu à prisão (Oliveira, 2008).

O que os ministros fizeram foi compatibilizar a norma do artigo 595, do CPP e a atual ordem constitucional. A fuga de um réu, em si, não é crime, devendo o Estado estar de tal forma aparelhado que, em tempo, venha a julgar e prender o condenado. Cabe, como nos ensina Oliveira (2008), ao Estado, responsável pela persecução criminal, diligenciar no sentido de promover a captura do condenado.

As mazelas a que estão sujeitos os nossos tribunais, sem recursos e com membros sob pilhas de processos, não podem mais servir de justificativa para que haja a violação de garantias individuais e entendemos que enquanto resquícios da mentalidade policialisca do Código de 1941 ainda sobreviverem e uma nova codificação, construída sobre a Carta de 1988 e as mudanças que o dia-a-dia em sociedade promoveram, não passarem a vigorar, estaremos, enquanto cidadãos e sociedade, sujeitos a tais contraditos (OLIVEIRA, 2008).

Lembre-mos então que, a apelação, assim como qualquer outro recurso, são de interesse do próprio Estado, que assim promove um controle dos atos por ele praticados (atos jurisdicionais), havendo, portanto maior preocupação com a qualidade e regularidade, como nos ensina Oliveira, destes mesmo atos. Como é possível então, visto a importância ao Estado e a toda sociedade, do um exame de



uma decisão, haver impedimento a tal exame? Contraria interesses do Estado e da própria sociedade (OLIVEIRA, 2008).

Para finalizar a súmula supracitada vêm em hora mais que própria, e como nunca é tarde repetir, nosso Código de Processo Penal foi elaborado sob outra realidade política e histórica completamente distintas da que vivíamos nos anos de 1980 e, citando Oliveira (2008, p,168):

Não há como querer interpretar o Código de Processo Penal, no que respeita ao tema de prisão e liberdade, sem a necessária filtragem constitucional. De duas, uma: ou se opta pelo Código, ou se opta pela Constituição, com o aproveitamento daquela legislação (CPP) apenas nos pontos em que não houver colidência com as normas constitucionais.

### **3 PRISÕES E MEDIDAS CAUTELARES**

Prisão é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere (NUCCI, 2009).

Basicamente, há duas espécies de prisões. A primeira delas é a prisão penal (prisão pena), que consiste em uma sanção penal, pena privativa de liberdade, aplicada apenas no caso de trânsito em julgado de sentença condenatória e regulada, pois pelo Código Penal. A segunda é a prisão provisória ou cautelar ou processual (prisão sem pena), que é decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo regulada pelo código de Processo Penal (ALVES, 2011).

#### **3.1 Histórico e evolução da Prisão Cautelar**

A prisão cautelar teve sua origem antes da existência da chamada prisão pena que surgiu em 1595, ou seja, antes da prisão ser utilizada primordialmente como cumprimento da sentença penal condenatória. Ela já se destinava a reter o condenado com o fim de garantir eventual aplicação da pena.

No Direito romano, como ensina Tornaghi (2002), a custódia dos processados se fazia pelo acorrentamento ou pela segregação, podendo esta ocorrer em estabelecimentos do Estado ou em casas particulares, garantindo, de certa maneira, a futura aplicação da pena.

Aquela época a prisão cautelar emanava de um poder eminentemente

discricionário, compreendido no *imperium* do magistrado, cujo exercício estava subordinado à natureza do delito ou à personalidade do acusado, daí a sua aplicação mais freqüente aos acusados que ocupavam posição social inferior e aos estrangeiros.

A custódia do acusado como meio de assegurar a aplicação das sanções punitivas antecede historicamente a própria pena privativa de liberdade, posto que esta foi introduzida pelo Direito eclesiástico, como forma de penitência.

Entre o povo grego, há indicação da existência da prisão cautelar, que tinha por objetivo assegurar e aguardar, em asilos ou templos, a aplicação da pena que era diversa da própria prisão.

O mesmo instituto encontra-se no Digesto, também entre os Visigodos. Em Portugal, a Ordenações Afonsinas previam que ninguém poderia ser preso por querela ou denúncia.

Nas Ordenações Filipinas, o príncipe podia por justos motivos conceder ao réu a graça de ser solto, dando ele fiadores idôneos, caso contrário aguardaria preso.

Antes da era cristã existiam muitas modalidades de pena, tais como a lapidação, a flagelação, amputação, a morte por decapitação, crucificação, lançamento às feras, dentre outras, mas a prisão não aparece como instrumento de pena.

O Império Romano era composto por uma região muito grande da Europa, África e Ásia, e antes do Imperador Constantino os cristãos eram perseguidos, presos e lançados às feras, mas após a conversão de Constantino à fé cristã e o reconhecimento da Igreja pelo Estado, a situação se inverteu e todos que não aderissem à fé católica, ou que praticassem atos contrários à moral religiosa, eram considerados não só pecadores, mas também criminosos.

Com a elevação da incidência dos crimes religiosos, aumentando o número de infiéis, o Papa, no início do século XII, incumbiu o bispo Domingo de Gusmão de criar uma ordem e uma organização judiciária para dar combate aos desviados da fé. Os membros da Ordem foram chamados de dominicanos e a organização criada foi denominada de Santo Ofício da Inquisição.

Dessa forma, a prisão cautelar adquire a partir da Idade Média, maior importância, pois nos processos inquisitórios, a restrição da liberdade do acusado constituía condição indispensável para a tortura e para a obtenção da confissão.

Podemos então acompanhar as palavras de Ferrajoli (2002, 95) que diz:

[...] enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, como desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão per tormenta [...]

No período medieval a prisão perde seu caráter cautelar e passa a ser utilizada como meio aflitivo de submissão à tortura, que segundo a jurisdição canônica era uma condição necessária, para que no isolamento do cárcere, o réu julgasse a si mesmo e arrepende-se do seu delito, livrando-se, assim, da culpa por violar a ordem divina.

Já no século XVIII, com o surgimento do Estado moderno, a prisão começa a adquirir seus contornos atuais. Influenciada por pensadores e precursores do direito penal moderno como Beccaria (2006, p,62) que em sua obra *Dos delitos e das penas* diz:

Se a prisão constitui somente uma maneira de deter o cidadão até que ele seja considerado culpado, como tal processo é angustioso e cruel, deve, na medida do possível, amenizar-lhe o rigor e a duração (...). O réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessária para o impedir de fugir ou de esconder as provas do crime.

O Brasil durante o período de colonização ficou submetido às denominadas Ordenações Afonsinas, seguindo-se as Manuelinas em 1514 e por fim as Filipinas de 1603, ordenações essas oriundas de Portugal, onde a prisão era tida como medida cautelar e não sanção autônoma, sendo regra a prisão e a exceção à liberdade.

Com a proclamação da independência em 1822, foi revogada a ordenação Filipinas. Nesse momento alguns juristas brasileiros, inspirados pela filosofia iluminista e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, começaram a agregar os princípios da igualdade de todos os homens perante a lei, bem como a personificação da pena e utilidade pública da lei penal.

A Constituição de 1824, primeira carta política outorgada, após a independência política brasileira, já mencionava a previsão da aplicação da prisão com ou sem culpa formada, antes da sentença, conforme art. 179 e incisos (BRASIL, 1824), senão vejamos:

[...] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá effeito retroactivo. IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar. V. Ninguem pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. VI. Qualquer pôde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro. VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para a defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determina. VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta à extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos que a Lei admite; e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. Á excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes da culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da Justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo [...]

Já em relação ao código de processo penal de 1941, formulado em plena ditadura, as prisões cautelares ficou mais agravadas, pois os interesses do Estado não poderia ser contrariado frente ao formalismo arbitrário do Estado.

Com exposto acima, na época, vivia o Brasil a ditadura Vargas. Nosso "Código de Processo Penal", na verdade, é um Decreto-Lei. Não poderia, assim, refletir senão o autoritarismo que o gerou. Mas hoje uma boa parte do CPP não mais coaduna com a nossa realidade.

Com a Constituição Federal de 1988, a chamada "Carta-Cidadã" a legislação processual penal vigente sofreu inúmeras sensíveis alterações, principalmente em deixar de considerar o acusado como objeto puro e simples do processo, mas como um sujeito possuidor de direitos e garantias. Neste ponto nodal verifica-se alguns pontos que mudaram expressamente e alguns outros que precisam de um

enfrentamento mais teórico e sensível de doutrinadores, julgadores e, principalmente dos legisladores.

Quanto às prisões cautelares, em suas várias modalidades, com superficiais mutações, permanece em nosso meio até os nossos dias, apesar e enormes críticas que recebe, pois há que se restringir sua utilização aos casos extremos, sob pena de se ferir preceitos constitucionais das garantias individuais, negando-se o princípio da presunção de inocência.

Até o advento da Lei 12.403/2011, havia uma utilização extremamente tímida das medidas cautelares no processo penal brasileiro. No mais das vezes, ao julgador competia a decisão entre a prisão cautelar e a liberdade provisória (com ou sem fiança). As medidas cautelares não privativas de liberdade existentes no processo penal, até então, circunscreviam-se ao restrito rol de cautelares reais (sequestro, busca e apreensão, etc).

É certo que a jurisprudência já tinha consagrado a possibilidade de o magistrado adotar medidas cautelares pessoais, não previstas em lei, valendo-se do poder geral de cautela, similar ao processo civil. A despeito da crítica de setores da doutrina a este tipo de expediente, práticas como a apreensão de passaporte encontravam-se consagradas na praxe forense.

A recente reforma do CPP, consagrada pela Lei nº 12.403/2011, inova de forma bastante positiva a nossa legislação, estipulando, expressamente, a possibilidade de cominação de medidas cautelares não constritivas da liberdade, como forma de se evitar a prisão preventiva, que se torna residual (art. 283, § 1º, CPP) (BRASIL, 1941).

A partir do advento da Lei 12403, de 04 de maio de 2011, publicada no Diário Oficial da União em 05 de maio de 2011, com *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias, contados desde a publicação oficial da mesma, lei esta que operou uma verdadeira reforma no CPP em 2011, mais especificamente no Título IX do Livro I (intitulado outro de “Da Prisão e da Liberdade Provisória”), a prisão processual passou a ser apenas uma das espécies do gênero medidas cautelares, tidas como quaisquer medidas decretadas judicialmente de forma antecipada, com a finalidade de resguardar determinado resultado útil futuro, desde que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (BRASIL, 1941).

Nessa esteira, em primeiro lugar, convém asseverar que a novel legislação criou uma nova modalidade de prisão processual, a chamada prisão domiciliar,

regulada pelos artigos 317 e 318 do CPP. Além das prisões processuais, o CPP passou a disciplinar também outras medidas cautelares, as quais se encontram elencadas no art. 319 do CPP e regulamentadas pelos artigos 320 e seguintes (BRASIL, 1941).

Neste espaço preliminar, imprescindível apontar que o CPP, no seu artigo 282, prevê, em linhas gerais, os requisitos que dever ser observados para a concessão de uma medida cautelar (BRASIL, 1941).

### 3.2 Pressupostos das Medidas Cautelares

Ao lado dos princípios, a doutrina apresenta os pressupostos para aplicação das medidas cautelares à luz da garantia da presunção de não culpabilidade e com base no que dispõe o artigo 282 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Conforme observa Oliveira (2012), pressuposto é um antecedente lógico a ser observado no processo penal.

Assim, inicialmente deve ser analisado o *fumus comissi delicti*, uma espécie de nova roupagem do chamado *fumus boni iuris*, ou seja, a fumaça do bom direito, tão badalado nas medidas cautelares do Processo Civil, agora também necessária no Processo Penal.

Na esteira de Lima (2011), o *fumus comissi delicti*, se justifica na medida cautelar, pois ao analisar o seu cabimento, dado caráter de urgência da medida, o juiz deve se limitar ao exercício de uma mera cognição sumária.

Para o citado autor, seria inviável exigir que o magistrado desenvolvesse uma atividade cognitiva da mesma maneira e com o grau de profundidade tal como ocorre no julgamento definitivo da demanda penal.

Assim, Lima (2011, p. 1154), traduz a atuação do *fumus boni iuris* no Processo Penal:

[...] O *fumus boni iuris* enseja a análise judicial da plausibilidade da medida pleiteada ou percebida como necessária a partir de critérios de mera probabilidade e verossimilhança e em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento, ou seja, basta que se possa perceber ou prever a existência de indícios suficientes para a denúncia ou eventual condenação de um crime descrito ou em investigação, bem como a inexistência de causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade [...].

Ainda no mesmo contexto, Lima (2011, p. 1154), destaca o *fumus boni iuris*

específico no Processo Penal, denominado de forma mais apropriada de *fumus comissi delicti*:

[...] Em se tratando de medidas cautelares de natureza pessoal, não há falar, porém, em *fumus boni iuris*, mas sim em *fumus comissi delicti*. Como destaca Aury Lopes Jr., se o delito é a própria negação do direito, como se pode afirmar que a decretação de uma prisão cautelar está condicionada à comprovação da fumaça do bom direito? Ora, não é a fumaça do bom direito que determina ou não a prisão de alguém, mas sim a comprovação por elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que delito foi cometido por aquela pessoa que se pretende prender. Daí o uso da expressão *fumus comissi delicti*, a ser entendida como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do delito [...].

Já o *periculum in mora*, segundo Lima (2011), tem por característica o fato de que a demora no andamento do processo coloca em risco a eficácia da tutela jurisdicional, possibilitando até que se torne inócua.

Aqui também o pressuposto do perigo demora recebe uma denominação particular no Processo Penal, sendo a expressão *periculum libertatis* denominação mais adequada para caracterizar o perigo que o suspeito em liberdade representa para a eficácia e para investigação ou para o resultado da ação penal.

Vale a pena, trazer a baila as seguras explicações de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 1156), sobre o *periculum libertatis*:

[...] Em outras palavras, *periculum in mora* nada mais é do que o perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional. No tocante às medidas cautelares de natureza real, como sequestro e o arresto, esse conceito de *periculum in mora* se ajusta de maneira perfeita, pois a demora da prestação jurisdicional possibilitaria a dilapidação do patrimônio do acusado. Em se tratando de medidas cautelares de natureza pessoal, no entanto, o perigo não deriva do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, mas sim do risco emergente da situação de liberdade do agente. Logo, em uma terminologia mais específica à prisão cautelar, utiliza-se a expressão *periculum libertatis*, a ser compreendida como o perigo concreto que a permanência do suspeito em liberdade acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança social [...].

Logo, para que o magistrado lance mão de uma medida cautelar e em último lugar da medida que cerceia o direito de liberdade do cidadão, faz-se necessário que haja elementos de autoria e de materialidade, assim, como tal medida seja imprescindível para tutela o resultado das investigações ou do provimento

jurisdicional.

### 3.3 Requisitos para Concessão de Medidas Cautelares

Com o advento da Lei 12.403/2011, o Código de Processo Penal Brasileiro passou a regular expressamente no artigo 282 os requisitos para concessão de medidas cautelares.

São requisitos gerais a serem observados pelo Magistrado no momento de concessão de quaisquer medidas cautelares, seja a liberdade provisória, com ou sem fiança, seja em relação as prisões. São eles (BRASIL, 1941):

- 1) NECESSIDADE para aplicação da lei penal, para a investigação ou para a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, CPP);
- 2) ADEQUAÇÃO da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoas do indiciado ou acusado (art. 282, II, CPP).

Em verdade, os requisitos para a concessão das medidas cautelares em muito se assemelham com os requisitos da prisão preventiva estatuídos no art. 312, *caput*, do CPP, e não poderia ser diferente, afinal de contas, em se tratando de mais uma modalidade de medida cautelar, os seus motivos autorizadores são também cautelares (BRASIL, 1941).

Assim, a necessidade para aplicação da lei penal (art. 281, I, CPP) confunde-se com a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, *caput*, CPP); a necessidade para a investigação ou a instrução criminal (art. 281, I, CPP), coincide com a conveniência da instrução criminal (art. 312, *caput*, CPP); e a necessidade de evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, CPP) e a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II, CPP), em última instância, são motivos relacionados à necessidade de garantia da ordem pública e até mesmo da ordem econômica (art. 312, *caput*, CPP), esta última como verdadeira subespécie daquela (BRASIL, 1941).

Tem-se que as medidas cautelares (gênero) poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 282, § 1º, CPP). Neste trilhar, dentre todas as opções de medidas cautelares, sem dúvida alguma, sob a perspectiva do processo penal constitucional, a prisão é a medida mais extrema, daí porque só será decretada



como *ultima* ou *extrema ratio* (BRASIL, 1941).

É nessa linha de raciocínio que o CPP apregoa, no art. 282, § 2º, § 6º, que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). Também com esse fundamento é que o art. 282, § 4º do CPP reza que, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Regra que também está inserida no art. 312, parágrafo único do *codex* processual penal (BRASIL, 1941).

Registre-se que a reforma de 2011 acabou criando uma nova hipótese de cabimento da prisão preventiva, ao afirmar, no art. 312, parágrafo único, do CPP (BRASIL, 1941), que “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medida cautelares” (art. 282, § 4º).

Segundo o CPP (art. 282, § 2º), as medidas cautelares podem ser decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (BRASIL, 1941).

Com relação a esta regra, percebe-se, em primeiro lugar, que o juiz é a única autoridade competente para decretar medidas desta natureza, fato que a doutrina denomina de cláusula de reserva jurisdicional.

Essa ordem judicial pode ser emanada de ofício ou a requerimento das partes. Segundo a doutrina, o termo “partes” deve incluir, por óbvio, o Ministério Público e o querelante. Em uma interpretação sistemática, deve incluir também o assistente de acusação, pois o § 4º do art. 282 do CPP (BRASIL, 1941), autoriza que este agente formule requerimento de substituição de medida cautelar, imposição de outra em cumulação ou, o que é mais grave, de decreto da prisão preventiva (logo, quem pode o mais pode o menos).

Não se pode esquecer ainda que o indiciado ou réu da ação penal pode requerer o arbitramento da fiança, medida cautelar prevista no art. 319, VII, CPP. Por fim, verifica-se que a autoridade policial somente possui legitimidade para representar pela aplicação de medida cautelar na fase de investigação criminal, não na fase da ação penal (BRASIL, 1941).

Dessa feita, antes de decidir acerca da fixação da medida cautelar, o CPP

exige que o magistrado, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, determine a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo (art. 282, § 3º, CPP). Apenas excepcionalmente é que o juiz poderá proferir decisão sem intimar a parte contrária, o que a doutrina denomina de *inaudita altera pars*, fato que somente deve ocorrer nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (art. 282, § 3º, CPP) (BRASIL, 1941).

Com redação semelhante ao disposto no seu art. 316, o CPP, no art. 282, § 6º (BRASIL, 1941), dispõe que: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Em outros termos, caso as circunstâncias fáticas que ensejaram a decretação da medida cautelar sejam alteradas, evidenciando que ela não mais se torna necessária, o juiz poderá (deverá) revoga-la. De outro lado, se houver nova alteração das circunstâncias fáticas e a medida cautelar voltar a ser necessária, o juiz poderá novamente decretá-la. Percebe-se, assim, que as decisões de decreto e de revogação da medida cautelar são sempre provisórias, estando pois, submetidas à cláusula *rebus sic stantibus*: a que decreta é válida enquanto há a necessidade desta medida; a que revoga persiste enquanto não houver mais essa necessidade.

Vale lembrar que a cláusula *rebus sic stantibus* é consagrada no Código Civil Brasileiro em seu artigo 478 (BRASIL, 2002), bem como no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) em seu artigo 6º, adotando a chamada teoria da imprevisão. A doutrina traduz *rebus sic stantibus* como: “as coisas permanecem como estão”.

Por fim saliente-se que as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade (art. 283, § 1º, CPP) .

Antes de focar as prisões cautelares, vale mencionar que com o advento da Lei 12.403/2011, agora, o Código de Processo Penal Brasileiro, passa a prever expressamente um rol de medidas cautelares, mas especificamente em seu artigo 319 (BRASIL, 1941):

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011) [...].

### 3.4 Prisão Temporária

Trata-se de uma modalidade de prisão processual prevista em legislação extravagante, ou seja, não encontra previsão no Código de Processo Penal e sim na Lei nº 7960/1989, trazendo requisitos, procedimento e prazo de duração, além de um rol de delitos que comportam tal extrema medida.

Nucci, citado por Alves (2011), demonstra que a finalidade da prisão temporária é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Ela somente pode ser decretada, portanto, na fase de inquérito policial, diferente do que ocorre com a prisão preventiva.

A esse respeito, a doutrina esclarece, sobretudo no que argumenta a parcela majoritária a exemplo de Nestor Távora, lembrado por Alves (2011) que não se permite o decreto a prisão temporária em sede de procedimentos investigatórios extrapoliciais: só será possível, portanto, no bojo do inquérito policial.

Em relação aos procedimentos extrapoliciais podemos citar aqueles procedidos sem a presidência do Delegado de Polícia, a exemplo, dos que ocorrem em sede de Comissão Parlamentar de Inquérito e também as investigações encabeçadas pelo Ministério Público.

Conforme lembra Alves (2011, p. 73), era o que antigamente se tinha como prisão para averiguação, algo não mais admitido na ordem jurídica constitucional:

[...] Esta modalidade de prisão cautelar foi idealizada para substituir a antiga prisão para averiguação, que a polícia realizava justamente para auxiliar as suas investigações. Com a Constituição Federal de 1988, que exigiu, como regra, ordem judicial para a efetivação das prisões cautelares (cláusula de reserva de jurisdição), salvo a prisão em flagrante, a polícia não mais pôde fazê-la por contra própria, necessitando, para isso, da autorização do juízo competente. No entanto, a exigência de ordem judicial para a prisão cautelar não impede seja feita abordagem policial, se preciso, solicitando a identificação de indivíduos ou realizando busca pessoal nos mesmos: impede-se apenas a prisão sem autorização judicial para esse fim [...].

A esse respeito, vale anotar que o próprio Código de Processo Penal traz a busca pessoal como atividade que não depende de prévia ordem judicial, mas deve ser feita com base na fundada suspeita, o que é diferente da prisão, a qual pressupõe o encarceramento da pessoa humana (BRASIL, 1941):

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar [...].

Observa Alves (2011, p. 73), a possível inconstitucionalidade da lei de prisão temporária:

[...] No entanto, impende destacar que a lei que regulamenta a prisão temporária (Lei 7960/89) está eivada de inconstitucionalidade formal, pois ela substituiu a Medida Provisória nº 111/1989, sendo que, como é cediço, medida provisória não pode disciplinar matéria processual penal (art. 62, § 1º, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal). Essa inconstitucionalidade persistiria até os dias de hoje. Contudo, o STF, no julgamento da ADIN 162/DF, refutou esta tese, decidindo pela inteira constitucionalidade do diploma legal [...].

Alves (2011, p. 73-74) trás à baila as hipóteses de cabimento e requisitos para decretação da prisão temporária:

[...] Para decretação dessa prisão, segundo doutrina majoritária, é preciso

conjugar as hipóteses taxativas (princípio da taxatividade) ou do inciso I (“Art. 1º. Caberá prisão temporária: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”) ou do inciso II (“Art. 1º. Caberá prisão temporária II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”.) do art. 1º da Lei 7.960/89 com a hipótese do inciso III do mesmo dispositivo legal (que apresenta um rol de crimes graves). O art. 2º, § 4º da Lei 7.960/89 afirma que tal prisão cabe também nos casos de crimes hediondos ou equiparados.

HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO TEMPORÁRIA	
1	Conjugação dos incisos I e III do art. 1º da Lei 7960/89 ou;
2	Conjugação dos incisos II e III do art. 1º da Lei 7960/89.

[...]

Outro aspecto importante da prisão temporária reside no fato desta modalidade de custódia cautelar ter prazo de duração. Daí, é importante o prazo geral que é mais curto e o prazo dilatado quando de crimes considerados mais graves como os crimes hediondos.

Sobre o prazo de duração da prisão temporária e os requisitos para sua prorrogação, bem como a aplicação desta prisão em se tratando de crimes hediondos, assevera Alves (2011, p. 74):

[...] Há prazo fixado em lei para a duração desta prisão (ao contrário da prisão preventiva): em regra, 5(cinco) dias, podendo ser prorrogado por outros 5 (cinco) dias, mediante decisão judicial fundamentada em extrema e comprovada necessidade (art. 2º, caput) – princípio da inadmissibilidade de renovação automática. Quando a prisão decorrer de crime hediondo ou equiparado, o prazo é de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (art. 2º, § 4º, da Lei 8072/90), também mediante decisão judicial fundamentada em extrema e comprovada necessidade.

PRAZO DA PRISÃO TEMPORÁRIA	
1	5 dias, prorrogáveis por mais 5, em caso de extrema e comprovada necessidade
2	30 dias, prorrogáveis por mais 30, em caso de extrema e comprovada necessidade, se o crime for hediondo ou equiparado.

[...]

Por sua vez Nucci (*apud* ALVES, 2011), esclarece que se for decretada a prisão temporária do investigado, o prazo do inquérito policial continuará sendo de 10 (dez) dias, pois, em regra, o prazo da custódia temporária é de 5(cinco) dias, prorrogáveis por mais 5 dias. Contudo, se estiver em jogo a investigação de crime hediondo, o prazo para a prisão temporária será de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias, passando a ser este o prazo também para a conclusão do inquérito policial e não 10 dias.

Nesse trilhar é que Távora (*apud* ALVES, 2011) assevera que:

[...] o prazo de duração da prisão temporária deverá ser somado ao prazo de conclusão do inquérito policial, se o investigado estiver preso. Assim, por exemplo, se o indiciado está solto numa investigação por crime hediondo, e a autoridade policial, após 20 dias de investigação, representa pela temporária, em sendo a mesma decretada, o delegado ganha mais 30 dias para concluir o inquérito, que estará encerrado no tempo máximo de 50 dias. Se houver prorrogação, somando-se mais 30 dias, vamos a 80 dias. Se, porém, a autoridade policial encerrar as investigações antes do fim do prazo para a prisão temporária, em regra, o indivíduo deverá ser colocado em liberdade, salvo se o juiz decretar a sua prisão preventiva [...].

Observa a doutrina (ALVES, 2011), importante característica da prisão temporária, pois essa modalidade de prisão não pode ser decretada de ofício pelo juiz que deve para conceder tal medida, ser provocado, seja, através de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial (art. 2, caput). Em havendo representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público (art. 2º, § 1º). Em ambos os casos, o juiz tem o prazo e 24 horas para decidir fundamentadamente (art. 2º, § 3º). Certo é que o ofendido, tanto em crime de ação penal privada quanto nos de ação penal pública (em que funcionaria como assistente de acusação), não tem legitimidade para requerer a prisão temporária.

Lembra Alves (2011) que, uma vez, esgotado o prazo determinado pelo magistrado para a duração da prisão temporária (com ou sem prorrogação), o investigado deve ser imediatamente colocado em liberdade e isso pela própria autoridade policial, independentemente de alvará de soltura, sob pena de cometimento de crime de abuso de autoridade (art. 4º, alínea “i” da Lei 4898/65). Entretanto, há uma única possibilidade da manutenção da prisão do indiciado, ou

seja, ele ficará preso se for decretada a prisão preventiva em seu desfavor, a qual passará a vigor após o término da prisão temporária (art. 2º, §7º da Lei 7960/89).

Outra lição importante é a que se extrai da doutrina majoritária, tudo em prol do direito a liberdade inerente a pessoa humana do indiciado, conforme lembra Nucci (*apud* ALVES, 2011), é que, antes do vencimento do prazo da prisão temporária, é possível a colocação do investigado em liberdade pela própria autoridade policial, sem necessidade de autorização judicial, como na hipótese de o delegado perceber que prendeu a pessoa errada ou não sendo mais necessária a custódia cautelar.

Finalmente, a Lei 7980/89 em seu artigo 3º, refletindo o princípio da individualização da pena, prever expressamente, que os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos (BRASIL, 1989)

Vale, ao final, trazer a lição de Leonardo Barreto Moreira Alves (2011, p. 76), a qual, observa muito bem a diferença entre as duas formas de custódia cautelar:

PRISÃO TEMPORÁRIA	PRISÃO PREVENTIVA
Somente pode ser decretada na fase de inquérito policial	Pode ser decretada na fase do inquérito policial ou da ação penal (art. 311, CPP).
Há prazo fixado em lei para a sua duração: em regra, 5 dias, podendo ser prorrogado por outros 5 dias, em caso de extrema e comprovada necessidade. Quando a prisão decorrer de crime hediondo ou equiparado, o prazo é de 30 dias, prorrogáveis por mais 30, em caso de extrema e comprovada necessidade.	Em regra, não há prazo de duração previsto em lei, salvo no caso de crimes organizados, em que o prazo para encerramento da instrução criminal será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso (art. 8º da Lei 9034/95).
Não é possível a sua decretação de ofício pelo juiz, devendo haver requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.	É possível a sua decretação de ofício pelo juiz, se no curso da ação penal (at. 311, CPP).

Logo, a prisão temporária é uma modalidade de custódia cautelar, pois visa assegurar o resultado útil de uma fase da persecução criminal que é a investigação, assim, como é prisão processual já que ocorre antes da sentença, não tendo natureza de pena, sendo regular em lei especial a qual, que é sob o prisma constitucional, goza de preciosa, presunção de constitucionalidade.

#### 4 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é a modalidade de prisão processual cautelar por excelência, já que não tem natureza penal, porém, poderá ser decretada em qualquer momento da persecução criminal, ou seja, tanto na fase de investigações, quanto na fase processual propriamente dita, que é a ação penal, com a finalidade precípua de proteger o resultado útil do processo penal.

Por outro lado, possui expressa previsão legal no artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941):

[...] Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).[...].

A doutrina conceitua tal modalidade de custódia cautelar, evidenciando seu caráter de medida extrema, conforme lição Nucci (*apud* ALVES, 2011, p. 97):

[...] A prisão preventiva é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos por lei. Ela é, pois tipicamente cautelar. Aqui, portanto, é forte a necessidade de se demonstrar o porquê da mitigação do princípio do Estado de Inocência, não sendo admissível, em nenhuma hipótese, a sua decretação de modo automático ou de forma obrigatória [...].

De outra banda, Távora e Alencar (2012, p. 579), conceituam a prisão preventiva, dando ênfase a amplitude de aplicação e seu embasamento constitucional:

[...] É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por se medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento [...].

Por sua vez, Lima (2011, p. 1309), ao conceituar a prisão preventiva assegura sua diferenciação em relação a prisão temporária, trazendo rol interessante e



oportuno de particularidades:

[...] a) a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase pré-processual (Lei nº 7960/89, art. 1º, incs. I, II e III); a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo;

b) a prisão temporária não pode ser decretada de ofício (Lei 7960/1989, art. 2º; durante a instrução processual, é cabível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado (CPP, art. 311);

c) a prisão temporária só é cabível em relação a um rol taxativo de delitos, listados no art. 1º, inc. III, da Lei nº 7.960/1989, e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/1990 (crimes hediondos e equiparados); não há um rol taxativo de delitos em relação aos quais seja cabível a decretação da prisão preventiva, bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do CPP;

d) a prisão temporária possui prazo pré-determinado: 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei nº 7.960/1989, art. 2º); 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em se tratando de crime hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (Lei nº 8.072/1990, art. 2º, § 4º), findo o qual o preso será colocado imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva. De seu turno, a prisão preventiva não tem prazo predeterminado [...].

#### 4.1 Momento para decretação e prazo de duração da prisão preventiva

Significa dizer se a prisão preventiva é cabível nas duas fases da persecução criminal, isto é, tanto durante o inquérito policial, quando na fase da ação penal, bem como quem pode provocar o juiz para proferir tal decreto, já que trata-se de cláusula de reserva jurisdicional, explicando por quanto tempo uma pessoa, seja indiciado ou mesmo acusado poderá ficar recolhido preventivamente no cárcere.

A esse propósito, Távora (2009 *apud* Alves, 2011, p. 97), assevera que:

[...] Quanto ao momento, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal (art. 311, CPP), tanto nos crimes de ação penal pública quanto nos de ação penal privada, ao contrário da prisão temporária, que apenas pode ser decretada na fase de inquérito policial. Aliás, embora o art. 311 do CPP exija para o decreto da preventiva a existência de ao menos investigação policial, a doutrina entende que é possível a fixação da custódia cautelar mesmo sem a instauração desde que o atendimento aos requisitos legais seja demonstrado por outros elementos indiciários, como os extraídos de procedimento investigatório extrapolicial [...].

Devemos observar que mesmo com os avanços trazidos pela Lei 12.403/2011 sobre a prisão preventiva, a doutrina continua fazendo críticas em razão da possibilidade de decretação de ofício pelo juiz na fase processual, já que isso violaria o sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal no artigo 129, I, ao prever como órgão acusador o Ministério Público (BRASIL, 1988).

Alves (2011, p. 98), traz a baila tal polêmica:

[...] Também diferente da prisão temporária, a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo juiz, embora parcela da doutrina critique essa postura, violadora do sistema acusatório. Todavia, registre-se que, com a reforma de 2011, a atual redação do art. 311 do CPP somente permite o decreto da prisão preventiva de ofício pelo juiz no curso da ação penal, não sendo mais cabível, pois, na fase de investigação policial, o que não deixa de ser um avanço.

Pode ainda ser decretada com base em requerimento do Ministério Público ou do querelante ou do assistente – este último passou a ter legitimidade para requerer a prisão preventiva com a reforma de 2011, atendendo a antigo reclamo da doutrina, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2008), ou ainda mediante representação da autoridade policial. Se o pleito não for formulado pelo Parquet, ele necessariamente deverá ser ouvido, apresentando parecer nos autos [...].

Alves (2011, p. 98), demonstra também os possíveis recursos ou o cabimento da ação autônoma de impugnação denominada de Habeas Corpus em face de decisão judicial sobre a prisão preventiva:

[...] Em sendo a prisão preventiva decretada ou se o juiz negar a revogação da mesma (decisão desfavoráveis aos *status libertatis*), permite-se a impetração do habeas corpus. Se o juiz se negar a decretá-la, desatendendo requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou resolver revoga-la (decisões favoráveis ao *status libertatis*), será possível o manejo do recurso em sentido estrito (art. 581, V, CPP). Se a negativa ocorrer com base em representação da autoridade policial, nada poderá ser feito, salvo se o Ministério Público, no seu parecer, concordou com o posicionamento dela, hipótese em que ele poderá interpor o recurso em sentido estrito [...].

Citando a melhor doutrina e a jurisprudência pátria, Alves (2011 p. 98-99) salienta a característica marcante da prisão preventiva que é a ausência de previsão legal quanto ao prazo de duração, mas alerta que existência parâmetros no sistema, com base nos quais, poderá haver excesso de prazo a ensejar o relaxamento da prisão, que a partir desses parâmetros se tornaria uma prisão ilegal:

[...] Com relação ao prazo, não fixado em lei, devendo, porém, perdurar até

quanto haja necessidade, observando-se sempre a proporcionalidade e a razoabilidade desta duração – princípio da duração razoável da prisão cautelar.

Pouco recomendável, portanto, é a estipulação de um prazo fixo para a duração da instrução criminal, como acontecia antes do advento das Leis de números 11.689/2008 e 11.719/2008, quando a jurisprudência tomava como parâmetro o prazo de 81 (oitenta e um) dias, prazo este obtido mediante a simples somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal para que a colheita da prova se encerrasse (NUCCI, 2008), até porque, como será registrado adiante, as citadas leis alteraram diversos prazos processuais.

Auxiliam na definição deste prazo as Súmulas de números 21 (pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução); 52 (encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo); 64 (não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa) STJ.

No entanto, há uma única hipótese prevista em lei em que se fixa prazo de duração da prisão preventiva. É a Lei nº 9034/1995, que, no seu art. 8º, determina que o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime organizado, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso (e 120 dias se estiver solto).

Após o advento das Leis de números 11.689/08 e 11.719/08, há prazos especiais previsto no CPP para a conclusão de determinadas etapas processuais. São eles: I – 90 (noventa) dias para a conclusão da fase de formação da culpa no procedimento do Tribunal do Júri (art. 412 do CPP); II – 60 (sessenta) dias para a designação da audiência de instrução e julgamento no procedimento ordinário (art. 400, caput, do CPP); III – 30 (trinta) dias para a designação da audiência de instrução e julgamento no procedimento sumário (art. 531 do CPP). Estes prazos também passam a servir de parâmetro na definição do que seria um prazo razoável, proporcional de duração da prisão preventiva [...].

Por fim, Távora (*apud* ALVES, 2011), traz a seguinte lição:

[...] uma vez operado o relaxamento da prisão em flagrante, não se impede que seja decretada, na sequência, a prisão, desde que presentes todos os requisitos exigidos para a fixação desta medida. Todavia, se o relaxamento se operou em virtude do excesso de prazo, não caberá esta conversão [...].

#### 4.2 Requisitos para decretação da prisão preventiva

Os requisitos para que, uma vez, presentes no caso concreto possa o juiz deferir um pedido de prisão preventiva estão reunidos no artigo 312 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1941).

Alves (2011, p. 100), didaticamente enumera três requisitos para a decretação preventiva da prisão:

[...] São 3 os requisitos exigidos pelo artigo 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva: I – prova (e não indícios suficientes) da existência do crime (materialidade); II – indícios suficientes (e não prova) da autoria (autoria); III - um dos requisitos que evidenciem a necessidade da prisão preventiva indicados pelo próprio art. 312 do CPP, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal (caput do art. 312 do CPP), bem como em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º), novidade acrescentada pela reforma de 2011 ao parágrafo único desde dispositivo legal. Os dois primeiros requisitos constituem o *fumus commissi delicti* desta modalidade de custódia cautelar, ao passo que o terceiro se refere ao *periculum in mora* de tal medida [...].

Segundo Nucci (*apud* ALVES, 2011), garantia da ordem pública seria uma indispensabilidade de se manter ordem na sociedade, a qual é abalada quando ocorre um crime.

Lançando mão da jurisprudência Alves (2011), traz exemplo de como a garantia da ordem pública é afetada, ensejando a decretação da prisão preventiva:

[...] São casos que normalmente violam a ordem pública: aqueles que afetam a credibilidade do judiciário; os que contam com a divulgação pela mídia ( não confundir com sensacionalismo, clamor público); os crimes cometidos com violência ou grave ameaça ou com outra forma de execução cruel; se o agente delitivo possui longa ficha de antecedentes etc. É de se ressaltar, porém, que todas essas situações devem ser constatadas em concreto (embora seja suficiente que o magistrado fundamente a sua decisão de forma concisa, objetiva), não sendo possível a decretação da prisão preventiva com base em critério verificado apenas abstratamente, conforme pacífica jurisprudência do STJ (Informativo 426). A esse respeito, o STF também tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito, na periculosidade presumida do agente, no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa, ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social. De igual modo, a preservação da credibilidade do judiciário, em abstrato, não deságua na automaticidade da custódia preventiva, devendo ocorrer, isso sim, em estrita observância ao Direito posto (HC 95483/ MT) [...].

Alves (2011), observa que no caso de crimes hediondos, não é automática a decretação da prisão preventiva, refletindo, pensamento da doutrina e a da jurisprudência brasileira que ensinam que para verificação da ofensa a ordem pública há que se analisar o caso concreto. Ensina ainda Nucci (*apud* ALVES, 2011):

[...] Nesse sentido, entende-se, por exemplo que os crimes hediondos e equiparados não devem provocar a automática decretação de prisão preventiva, uma vez que, embora graves, podem ser cometidos por agentes sem periculosidade e não gerar repercussão social. Ademais, jamais autoriza a prisão preventiva o argumento de que esta serve como medida de proteção ao agente delitivo.

De outro lado, as circunstâncias pessoais favoráveis do acusado, como residência fixa e ocupação lícita, por si só, não impedem o decreto da prisão preventiva, se houver motivos concretos para esta medida cautelar, conforme entendimento pacificado no STJ (Informativo 431). [...].

Cumprir trazer a lume, algumas observações feitas por Nucci, citado por Alves (2011, p. 104), e, também o exemplo do caso Suzane Von Richthofen e os irmãos Cravinhos, a qual não era reincidente, era estudante de direito, pertencente a família de classe média em São Paulo, mesmo assim, dada a gravidade da infração, a repercussão social e a periculosidade do agente, foi possível a decretação de sua prisão preventiva, nascendo desse entendimento uma orientação feita pela doutrina para verificar a presença da garantia da ordem pública:

[...] Não há dúvidas de que a garantia da ordem pública é o requisito mais subjetivo de todos, o que pode provocar uma insegurança na sua apreciação. Por conta disso, Guilherme de Souza Nucci sugere critério interessante para identificar se, no caso concreto, há ou não necessidade de garantia da ordem pública mediante a decretação da prisão preventiva: é o trinômio gravidade da infração, repercussão social e periculosidade do agente, a ser caracterizado sempre em concreto.

De fato, é um critério bastante útil para a definição da necessidade de proteção à ordem pública, desde que seja corretamente aplicado. Assim, não há dúvidas de que, se presentes, em concreto, os três elementos anteriormente referidos há necessidade de decretação da prisão preventiva. No entanto, ausente um desses elementos, não significa necessariamente que não seja possível o decreto de custódia cautelar. Como assevera o próprio Nucci, por vezes, pessoa primária, sem qualquer antecedente, , pode ter sua preventiva decretada porque cometeu delito muito grave, chocando a opinião pública (ex.: planejar meticulosamente e executar o assassinato dos pais). Logo, a despeito de não apresentar periculosidade (nunca cometeu crime, e, com grande probabilidade, não tornará a praticar outras infrações penais), gerou enorme sentimento de repulsa por ferir as regras éticas mínimas de convivência, atentando contra os próprios genitores. Foi a situação que ocorreu no caso Suzane Von Richthofen e os irmãos Cravinhos [...].

Logo, se no caso concreto se verificar que é um crime grave, causando repercussão social e ainda que há periculosidade do agente, certamente, está presente a necessidade de garantia da ordem pública, ausentes esses elementos, não necessariamente se impedirá a prisão preventiva, tudo vai depender do caso concreto (ALVES, 2011).

Já a garantia da ordem econômica se verifica nas infrações que atingem o sistema econômico e financeiro, conforme leciona Alves (2011, p. 104):

[...] Espécie do gênero garantia da ordem pública e acrescentada ao CPP por força da Lei 8884/94 – Lei Antitruste (para fins de prisões, é tida como

norma processual penal mista ou híbrida, motivo pelo qual, à época, não pôde retroagir para prejudicar o réu), diz respeito à necessidade de evitar que o agente causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área, como nos casos de crimes de colarinho branco, contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária e etc. nessas situações, o dano é dirigido não apenas a uma pessoa individualizada, mas à coletividade como um todo, o que indica a necessidade de decretação da prisão preventiva. Nesse contexto, acrescenta-se que a Lei 7492/86 – Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional, no seu art. 30, determina que, nos crimes nela previstos, além das hipóteses do art. 312 do CPP, a prisão preventiva também poderá ser decretada por força da magnitude da lesão causada pela infração [...].

A conveniência da instrução criminal, por sua vez, é bastante criticada pela doutrina, pois na verdade ninguém pode ser submetido a prisão por conveniência e sim por necessidade, expressão mais adequada, pois se encaixa a exigência que a instrução criminal não se embaraçada, conforme os exemplos de Alves (2011, p. 104):

[...] Está relacionada à necessidade de que a instrução criminal se desenvolva de forma limpa, proba, sem abalos. Assim, se o réu ameaça testemunhas, vítima, magistrado ou membro do Ministério Público, ou ainda faz investidas contra provas buscando apagar evidências, bem como na hipótese do art. 366 do CPP (réu citado por edital que não comparece no feito nem constitui defensor) – se houver necessidade em concreto da medida cautelar, deve ser preso preventivamente por esse motivo [...].

No que tange a garantia de aplicação da lei penal trata-se da necessidade de proteger o resultado útil do processo penal, ou seja, evitar que ao final do processo a sentença seja frustrada, conforme lição de Nucci, citado por Alves (2011, p. 105):

[...] Visa garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é autor de infração penal. Incide, por exemplo, quando o agente delitivo pretende fugir deliberadamente da cidade ou do país, ou ainda quando ele foge do distrito da culpa. É motivo que, como todos os outros, deve estar demonstrado em concreto, não sendo suficiente para tanto uma mera conjectura de fuga. Nesse trilhar, o STF já decidiu que a fuga do réu do distrito da culpa, por si só, não é motivo que legitima o decreto de custódia cautelar (Informativo 615 ). Além disso, a simples ausência do réu ao interrogatório, por si só, não é causa para o decreto da preventiva, afinal de contas o juiz poderá se utilizar da condução coercitiva pra trazer o réu a sua presença, nos termos do art. 260 do CPP (de duvidosa constitucionalidade, é bem verdade) [...].

A doutrina identificou mais uma hipótese de cabimento da prisão preventiva, a qual foi inserida pela Lei 12403/2011, prevista tanto no artigo 312, parágrafo único

do Código de Processo Penal, quando no artigo 282, § 4º, deste mesmo dispositivo legal, consistente no descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, o que evidencia o aspecto de ser a prisão à extrema *ratio* da última *ratio*, isto é, somente depois de esgotadas todas as possibilidades é que se pode cercear preventivamente a liberdade do indivíduo (ALVES, 2011).

Por outro lado, presentes os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, há que se verificar se o caso a ser analisado está entre as hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva elencados no artigo 313 do CPP (BRASIL, 1941), também modificado pela Lei 12.403/2011:

[...] Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

~~IV - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).~~ (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. [...].

Também vale lembrar que no caso da prisão em flagrante, há a possibilidade de homologação do flagrante em prisão preventiva, desde que satisfeitos os requisitos do artigo 312, conforme expressamente está previsto no artigo 310 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)..

Alves (2011, p. 117) diferencia as medidas cabíveis em face da decretação de uma prisão preventiva:

Relaxamento de prisão	Liberdade provisória	Revogação da prisão
É remédio que combate a prisão ilegal, geralmente a prisão em flagrante, mas também a prisão preventiva por excesso de prazo na formação da culpa.	É remédio que combate a prisão em flagrante legal e desnecessária.	É remédio que combate a prisão preventiva legal e desnecessária. Também ataca a prisão temporária, quando se extrapola o seu prazo de duração.

O entendimento de Alves (2011) encontra ressonância no artigo 5º, incisos LXV e LXVI da Constituição Federal de 1988 e artigo 316 do Código de Processo Penal, respectivamente:

Art. 5º. *Omissis...*  
[...]

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1988).

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967) [...] (BRASIL, 1941).

Portanto, do exposto, percebemos que a decretação da prisão preventiva é medida extrema e complexa, havendo diversos requisitos, pressupostos e hipóteses



de admissibilidade, bem como pode ser atacada por diversas ferramentas de impugnação.

## 5 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal, datado da década de 1940 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, cujo mecanismo de análise foi apenas o critério material, ou seja, para que essa recepção ocorresse, bastou apenas que o conteúdo do CPP estivesse em consonância com a nova Carta Política do Estado Brasileiro.

Mas nem todos os dispositivos do CPP foram recepcionados, a exemplo da incomunicabilidade do preso prevista no artigo 21, assim como a ação penal *ex officio*, consagrada no artigo 26 do citado diploma legal (BRASIL, 1941).

Resta saber, para elucidar o foco do trabalho em tela, se a prisão preventiva foi recepcionada ou não pela Constituição Federal, pois se trata de restrição do Direito à Liberdade que ocorre sem que haja uma sentença condenatória transitada em julgado.

A mitigação da liberdade que ocorre com a prisão preventiva é clara, mas deve estar sustentada em outros valores de tal modo tão elevados para a sociedade e expressamente previstos na Constituição e nas leis.

A esse respeito vale a lição de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 390), sobre as possíveis soluções de conflitos entre princípios:

[...] O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreductível de dois direitos por ela consagrados. O juízo de ponderação diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito) [...].

Em relação ao contexto histórico da época em que o Código de Processo Penal foi editado e entrou em vigor, o objetivo era aparelhar o Estado de mecanismos punitivos capazes de fazer frente a crescente criminalidade, conforme

observa Lima (2011, p. 1123):

[...] Afinal, nosso Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Basta ver, por exemplo, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) que, no seu nº II, salienta: “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que recolhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade [...].”

O contexto atual também é de expansão da criminalidade, talvez, um pouco diferente do que ocorria na década de 40, mas a violência e a criminalidade realmente assumiram o primeiro lugar no ranking dos problemas brasileiros, estampados diuturnamente na mídia, exigindo do Estado medidas para contenção de tal problemática.

Mas por outro lado, os presídios estão abarrotados de presos, sendo boa parte, composta por presos provisórios que estão no cárcere a título precário, via prisão temporária e na maioria das vezes, por meio da prisão preventiva.

Assim, num primeiro momento a prisão preventiva possui embasamento histórico de cunho fascista e repressor, violador dos direitos humanos, sobretudo a liberdade e a presunção de inocência, já por outro lado, corresponde ao contra-ataque do Estado frente a expansão da criminalidade.

Na interpretação constitucional, a prisão preventiva, prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal goza de presunção de constitucionalidade que é um princípio que visa dar segurança jurídica e respeitar a separação de poderes, todos princípios insculpidos na Carta Política.

O Princípio da Separação dos Poderes está consagrado no artigo 2º da Constituição Federal que diz “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). Por tal princípio o Poder Judiciário e o Poder Executivo devem respeitar a atividade típica do Poder Legislativo que é justamente criar a norma jurídica, de forma livre e independente.

Ocorre que os poderes devem ter harmonia e pela adoção da clássica teoria de Montesquieu, consagrada na doutrina norte americana dos freios e contrapesos –

*Check and balance*, o Poder Judiciário deve fazer um controle da norma jurídica para que o Poder Legislativo a pretexto de usar suas competências abuse de suas prerrogativas, conforme lição Fernandes (2010).

Assim, por exemplo, caberia ao Poder Judiciário, considerando a prisão preventiva inconstitucional declará-la como tal e expurgá-la do ordenamento pátrio.

Vemos que isso não ocorreu, pelo menos ainda. Aliás, antes mesmo de entrar em vigor e começar a produzir seus efeitos a norma jurídica nacional passa pelo crivo de análise das duas casas do Congresso Nacional, pelas Comissões de Constitucionalidade, pelo veto ou sanção do Presidente da República, os quais são atores do chamado controle de constitucionalidade político e preventivo, de maneira que isso foi feito e não houve qualquer manifestação pela inconstitucionalidade da prisão preventiva.

Tivemos uma nova oportunidade com a Lei 12.403/2011 para que a inconstitucionalidade da prisão preventiva no controle político fosse feito, porém, pelo visto, ela mais uma vez passou no teste e continua em vigor, agora, sem dúvida muito mais humanizada e conseqüente com os valores constitucionais, pois agora claramente é vista como medida extrema a ser utilizada somente quando esgotadas outras possibilidades de aplicação das demais medidas cautelares.

Dessa forma, a prisão preventiva pelo princípio da presunção de constitucionalidade goza de inteira constitucionalidade até que algum tribunal a declare inconstitucional ao fazer uma verificação de compatibilidade vertical entre o dispositivo legal e a Constituição.

Por outro lado, além do controle político e preventivo, existe ainda o chamado controle concreto e repressivo, que é realizado, por qualquer juiz ou tribunal, ao analisar de forma incidental a constitucionalidade de uma norma ou lei que já se encontra produzindo seus efeitos, além do controle direto no Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, o STF chegou a declarar que a ausência de cautelaridade da prisão antes do trânsito em julgado viola a Constituição, conforme exemplo jurisprudência citado por Bonfim (2011, p 107-155):

[...] HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA PRISÃO CAUTELAR. EXECUÇÃO ANTECIPADA. INCONSTITUCIONALIDADE.

A prisão sem fundamento cautelar, antes de transitada em julgado a condenação, consubstancia execução da pena. Violação do dispositivo do

art. 5º, inciso LVII, da Constituição do Brasil. Ordem concedida (STF, 2ª Turma, HC 88174, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 12-12-2006, DJ, 31-8-2007) [...].

Vemos na decisão acima que não declarou o instituto da prisão preventiva violador do Princípio do Estado de Inocência, mas sim, aquela situação concreta, onde a prisão decretada antes da sentença não tinha fundamento cautelar, dando a entender, a contrário senso, que a prisão antes da sentença transitada em julgado é constitucional se tive elementos de cautelaridade.

Em outros casos, o que se nota é a ausência de pressuposto para decretação da prisão preventiva, a exemplo da decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, citada por Bonfim (2011, p. 107-155):

[...] PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS, PRISÃO PREVENTIVA. FUMUS COMISSI DELICTI. CONFIGURAÇÃO. PERICULUM IN LIBERTATIS. AUSÊNCIA. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

I – O fumus comissi delicti está configurado, segundo a inicial acusatória, por haver indícios de que o paciente tenha atuado no crime de quadrilha, o que foi corroborado pelo recebimento da denúncia pelo Juízo de Primeiro Grau.

II – Na decisão impetrada não restou demonstrado, com base em elementos concretos, a imprescindibilidade da medida à luz das circunstâncias autorizadoras que serviram de esteio ao decreto prisional impugnado.

III – Liminar tornada definitiva e ordem parcialmente concedida, para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante termo de compromisso (TRF 2, HC 2007.02.01.017269-7, rel. Abel Gomes, DJU, 10-4-2008) [...].

Verifica-se então que a inconstitucionalidade tem ocorrido na forma de aplicação do instituto da prisão preventiva, ou seja, o problema não está na lei, mas sim na práxis da prisão preventiva no Brasil, pois tão certo quanto o Princípio da Presunção da Inocência, ou do Direito de Liberdade, certo é também que não existe princípios ou direitos absolutos, nem a vida o é. De modo que, a liberdade e a presunção ou estado de inocência deve ser sopesados com a segurança jurídica, o direito a segurança pública, o direito a paz, a inafastabilidade da jurisdição, a efetividade processual, a ordem pública e as liberdades públicas.

Logo, o que os tribunais têm repudiado é o excesso, o abuso do instituto da prisão preventiva, e por, outro lado, reforçado sua utilização, dentro dos parâmetros adequados, proporcionais e necessários.

A esse propósito Lima (2011, p. 1368), traz a baila, decisão do Superior Tribunal de Justiça que repudia o excesso de prazo na instrução com a manutenção

de acusado preso preventivamente:

[...] A instrução criminal deve ser concluída em prazo razoável, nos exatos termos do art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal. O excesso de prazo na ulatimação do processo-crime enseja o relaxamento da prisão cautelar. Ordem concedida para reconhecer o excesso de prazo e determinar o relaxamento da prisão do paciente, expedindo alvará de soltura clausulado, para que compareça a todos os atos do processo, sob pena de revogação da liberdade[...] (STJ, 6ª Turma, HC 69.382/BA, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, DJ 08/10/2007)

Também extraímos da lição de Lima (2011, p.1369), consequência da prisão preventiva que passa a ser ilegal quando excede a duração do prazo, citando inclusive jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal:

[...] Ainda em relação ao art. 5º, inc. LXV, da Constituição Federal, há de se ressaltar que, enquanto a liberdade provisória é vedada em relação a alguns delitos, o relaxamento da prisão independe da natureza da infração penal. De fato, consoante se depreende da Súmula nº 697 do STF, proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo [...].

Antes da Lei 12403/2011, os maiores problemas que identificamos na práxis do instituto da prisão preventiva era que a adoção da medida era quase uma regra dos juízes e tribunais, bem como a extrapolação do prazo de duração dessas prisões, muitas vezes ocasionando que acusados ficassem anos recolhidos ao cárcere de forma cautelar.

Atualmente com advento da Lei 12403/2011, ainda resta os resquícios do sistema anterior com os excessos de prazos.

Sobre o assunto, utilizando o direito comparado Lima (2011, p. 1361), traz a tona o exemplo da Comissão Europeia de Direitos Humanos no caso Neumeister:

[...] Neste caso, cuja sentença é de 27/07/1968, a Corte afirmou que em sociedade democrática, o fato de manter um homem durante mais de vinte anos na incerteza, na inquietude, na angústia do que será dele, com os sofrimentos que se produzirão e sua vida profissional e social, constituem uma clara vulneração do art. 6.1 de que se trata. Eis o teor do art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, em prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela “ [...].

Entre nós, a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII,

acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, fez questão de prever como Direito Fundamental do cidadão a duração do processo em prazo razoável (BRASIL, 1988):

[...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...].

Não obstante, os tribunais superiores têm estabelecidos parâmetros jurisprudenciais para caracterização ou não do excesso de prazo na duração da prisão preventiva.

Lima (2011, p. 1363), exemplifica essa construção jurisprudencial ao citar a Súmula nº 64 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, “não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela Defesa”. Daí, segundo esse autor, com base na Súmula nº 64 do STJ, os Tribunais Superiores têm entendido que:

[...] a) não se vislumbra constrangimento ilegal por excesso de prazo se o processo está aguardando o julgamento do recurso em sentido estrito interposto pela defesa, o que justificaria a razoável demora para o encerramento do processo;

b) se está pendente apenas a realização de perícia requerida pela defesa, havendo inclusive o Ministério Público e outro corréu apresentado alegações finais, encontra-se encerrada a instrução criminal, incidindo na espécie a Súmula nº 52 do STJ. Logo, se a defesa insiste em exame de razoável complexidade, demandando a expedição de ofícios para diversos institutos de criminalística do país, incide na espécie a Súmula nº 64 do STJ;

c) Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado concorrentemente pela defesa, ante a necessidade de expedição de precatórias para o interrogatório do acusado e para a oitiva de testemunhas da defesa [...].

De outra banda, a decretação da prisão preventiva precisa ser fundamentada, conforme mandamento constitucional e legal, nos dizeres de Távora e Alencar (2012):

[...] O art. 315 do CPP exige fundamentação da decisão (interlocutória) que decreta, substitui por outra medida cautelar ou denega a prisão preventiva. Tal exigência decorre também do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). O magistrado está obrigado a indicar no mandado os fatos que se subsumem à hipótese autorizadora da decretação da medida. Decisões vazias, com a simples reprodução do texto da lei, ou que impliquem meras conjecturas, sem destacar a real necessidade da medida pelo perigo da liberdade, não atendem à exigência constitucional,

levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão [...].

Vemos mais uma vez que o problema da constitucionalidade do instituto da prisão preventiva, não está na previsão legal e sim na forma como tal modalidade de medida cautelar é utilizada na prática forense.

Uma forma de mau utilização do instituto da prisão preventiva, tem sido a manutenção da prisão após a decisão de pronúncia ou após a sentença condenatória recorrível, pois com a atual sistemática processual, a prisão preventiva não pode ser decretada automaticamente e nem como forma de antecipação da pena, conforme exemplo jurisprudencial extraídos da obra de Bonfim (2011, p. 107-155):

[...] Decisão pronúncia deverá se manifestar sobre a segregação cautelar anteriormente decretada seja para revogá-la ou para mantê-la. A omissão importa na concessão de liberdade ao pronunciado (STF, RT 796/521; JTJ 262/556); Decisão absolutória do Júri reformada na superior instância. É inadmissível o restabelecimento automático da prisão preventiva decretada antes do julgamento – arts. 312 e 313 do CPP e Lei n. 5.349/67 (STF, RT 581/410); Prisão preventiva. Decretação como antecipação de pena. Inadmissibilidade, em razão do princípio da presunção de inocência (STF, 1ª Turma, HC 90.464/RS, rel. Ricardo Lewandowski, DJU, 4-5-2007); A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar (STF, Pleno, HC 84078/MG, rel. Eros Grau, j. 5-2-2009, DJ, 26-2-2010) [...].

Importante lição se encontra em Oliveira (2012, p. 542) para que a prisão preventiva não incorra em inconstitucionalidade:

[...] Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu *iter* procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade [...].

Oliveira (2012, p. 542), corrobora essa ideia de ser a prisão a extrema *ratio*, no direito comparado:

[...] Em nosso Direito, a partir da Lei nº 12.403/11, e tal como ocorre no Direito português e no Direito italiano, são previstas várias outras medidas cautelares pessoais distintas da prisão preventiva, somente se aplicando esta última, como regra, quando não forem suficientes as demais [...].

Daí, Oliveira (2012, p. 543), identifica as características que devem ser observadas para a regular aplicação da prisão preventiva, bem como situações em

que o aplicador do direito poderá lançar mão desse instituto:

[...] A prisão preventiva, então, passa a apresentar duas características bem definidas, a saber: (a) ela será autônoma, podendo ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar anterior; e (b) ela será subsidiária, a ser decretada em razão do descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta. E mais. Há três situações claras em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

- a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP);
- b) como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP);
- c) em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP). [...].

Fora desses casos previstos em lei, a prisão preventiva, certamente, violará injustamente o Direito a Liberdade, a presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a duração razoável do processo, a proporcionalidade, a adequação a necessidade, a motivação das decisões e colocará em xeque, todo um sistema de comando que formam nosso ordenamento jurídico, devendo tal prática ser, por todos, combatida, contestada, repudiada e abolida do nosso meio.

Devemos lembrar, toda a medida tomada pelo Estado Brasileiro deve passar pelo crivo do fundamento da dignidade da pessoa humana, pois conforme ensinam Cunha Júnior e Novelino (2010), “o indivíduo deve servir de limite e fundamento do domínio político da República, pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado”.

Finalmente, para felicidade de muitos indiciados, acusados e até condenados, os tribunais, mesmo que timidamente, tem exercido papel fundamental na defesa da sociedade e do cidadão, regulando a aplicação do instituto. Infelizmente, por outro lado, nem todos as Comarcas contam com a atuação da Defensoria Pública, bem como boa parte das pessoas, no Brasil, ainda não possuem acesso ao Advogado, de forma que possam controlar e limitar a aplicação do instituto como se faz necessário no Estado Democrático de Direito.



## CONCLUSÃO

É verdade que a criminalidade e a violência tomaram, no Brasil, o principal ponto de discussão sobre os problemas da sociedade, notadamente em relação aos crimes violentos, fazendo com que redes de televisão cubram o dia-a-dia de cidades por quase 24 (vinte e quatro) horas.

Também é fato que uma vez ocorrendo à infração penal, sendo a maioria dos crimes de ação penal pública, as investigações policiais que ocorrem, via de regra, de ofício pelas autoridades policiais, acabam, tanto os Delegados, assim como os Promotores e Procuradores de Justiça, representando ou requerendo a medida cautelar consistente na prisão preventiva do indiciado ou condenado, havendo em alguns casos, pedido de prisão em razão da superveniência de sentença penal condenatória recorrível.

Assim, a prisão preventiva que é uma espécie de medida cautelar, pois visa proteger o resultado útil do processo, tanto na colheita de elementos de informação, bem como resguardando a tranquilidade da tramitação da ação penal, e até protegendo para que uma vez, ocorrendo à condenação o autor do fato seja finalmente punido e possa ter a chance de retribuir o mal causado à vítima, ao sistema e a sociedade.

Considerando que o Estado realmente precisa de ferramentas para coibir a violência e a criminalidade, no plano fático, a prisão preventiva se constitui nessa ferramenta, dado que criminosos contumazes e aqueles que cometem infrações graves, podem, antes mesmo do final do processo serem retirados da vida social normal, ficando a disposição da justiça, em cárcere privado, esperando uma definição sobre seu destino.

Ocorre que com a Constituição Federal de 1988, a prisão preventiva que está expressamente prevista no Código de Processo Penal, passa a ser um obstáculo à efetivação dos Direitos Fundamentais, dentre os quais se encontra a liberdade que o cidadão possui de ir, vir e ficar.

O Legislador Constituinte originário também assegurou que no Estado Brasileiro, para que alguém seja considerado culpado, é preciso o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, decisão pela culpabilidade do agente, a qual se reveste de imutabilidade, não podendo mais, via de regra, ser

novamente discutida.

Prevalecendo esse entendimento, ao pé da letra, a parte do Código de Processo Penal que regula a prisão preventiva seria considerada não recepcionada, não podendo tal instituto ser aplicado no Brasil.

Entretanto, a prática forense revelou que o aplicado do direito no Brasil, sempre usou e abusou do instituto da prisão preventiva, sendo aplicada, em muitos casos, como regra, *prima ratio*.

Felizmente, várias reformas processuais penais surgiram no Brasil, sobretudo a partir de 2008, modificados os procedimentos, as provas, o júri e em 2011, com a Lei 12.403, modificou-se todo o tratamento dado às prisões, medidas cautelares e a liberdade provisória.

Com a Lei 12.403/2011, o Código de Processo Penal tentou dar mais um passo em direção a Constituição Federal, pois a prisão preventiva, agora, é considerada a extrema *ratio*, ou seja, somente podendo ser aplicada em último caso, quando não houver possibilidade que o processo penal, a vítima, as provas, o juiz e as testemunhas, possam ser protegidos por outra medida que não seja o encarceramento do indiciado ou acusado.

Assim, a doutrina construiu verdadeira dogmática quanto à aplicação da prisão preventiva, vislumbrando os pressupostos do *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, ou seja, somente seria possível analisar o cabimento da prisão preventiva, se estiverem presentes elementos de autoria e materialidade, além de pelo menos um elemento da necessidade, a exemplo da garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal.

Notadamente, se verificou que uma vez aplicados todos os métodos doutrinários, pressupostos, requisitos e fundamentos, e ainda considerando que a própria Constituição Federal diz que há possibilidade de prisão, desde que, além do flagrante delito, seja emanada de Autoridade do Poder Judiciário, a prisão preventiva, conforme está prevista nos artigos 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal, aliás, tem-se a presunção da constitucionalidade da lei, já não houve decisão de inconstitucionalidade, somado ao fato de que nenhum princípio, mesmo que seja a liberdade, é absoluto.

Todavia, é possível se verificar uma inconstitucionalidade na prisão preventiva, no modo de aplicação da norma, ou seja, no que atine ao próprio aplicador da lei que exacerba dos limites de sua competência, extrapolando o prazo

razoável, não fundamentando e motivando sua decisão, decretando a prisão automaticamente e fora dos requisitos legais, de forma, que a prática da prisão preventiva no Brasil, tem sim afrontado a Constituição, sobretudo, quando a presunção de inocência, ao devido processo legal, a razoabilidade de duração do processo, culminando em atentado contra o fundamento da dignidade da pessoa humana, já que, nos temos como a prisão preventiva vem sendo aplicada, o ser humano tem sido mais um objeto do processo e não um sujeito de direitos.

Como solução e sugestão, fica o incentivo para que os Tribunais, a exemplo dos Tribunais Superiores, venham a zelar pela Constituição, combatendo e repudiando as arbitrariedades, os excessos e o descaso com o ser humano, refutando decisões judiciais de instancias inferiores que, a pretexto de fazer justiça, invertem a legalidade que deveriam ter por zelo, assim, como o Poder Público possa dar condições para que as Defensorias Públicas tenham mais condições e sejam autônomas para lutar pelos necessitados, pois a violação de um dos princípios da constituição, sobretudo o que lida com a liberdade e dignidade humanas, colocam em risco toda construção principiológica que se propôs a partir da Constituição Federal de 1988.

Urge também do Ministério Público, na atualidade, mais que o exercício da função de órgão acusado, e sim o zelo pelo Estado Democrático de Direito, combatendo as injustiças que são cometidas todos os dias no abuso da prisão preventiva.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Coleção sinopses para concursos: processo penal parte especial – Tomo II.** Salvador-BA: JusPodivm, 2011.

BRASIL. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L10406.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal.** Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824).** Rio de Janeiro: Senado Federal, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BECCARIA, Cesare, Dos Delitos e Das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2006. p.62.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos: teoria, súmulas, jurisprudência e questões de concursos.** Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** v. 12. ed. Salvador-BA: Juspodivm, 2010.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de Princípios Constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JURISPRUDÊNCIA EM REVISTA. **Fuga não impede julgamento da apelação.** Ano 2006 1, 27. Disponível em: <[http://www.direitonet.com.br/?cta\\_src=footer](http://www.direitonet.com.br/?cta_src=footer)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. V.1. Niteói-RJ: Impetus, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Zilda Maria Fantin. **Apostila da disciplina**: elaboração de projeto de pesquisa. Linhares: Faculdade Pitágoras, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal comentado**. 10. ed. Ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pecelli. **Curso de processo penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7 ed. Salvador-BA: JusPodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V. 1. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.